

(TJMG; APCV-RN 1.0024.04.531585-0/001(1); Belo Horizonte; Quinta Câmara Cível; Rel^a Des^a Maria Elza de Campos Zettel; Julg. 03/12/2009; DJEMG 12/01/2010)

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE A Constituição da República, especificamente em seu art. 226, consagra uma concepção aberta de família, a qual deve ser apurada mediante as peculiaridades de cada caso concreto. Nesse campo, adotando-se uma interpretação sistemática, não se pode olvidar que o conceito de família expresso na Constituição encontra-se atrelado aos direitos e garantias fundamentais e, claro, ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. Assim, afigura-se inconcebível admitir que a Constituição tenha adotado determinados modelos familiares, em detrimento de outros, com base em determinados aspectos que não propriamente o afeto. Ademais, mormente por ser a concepção de família uma realidade sociológica, que transcende o Direito, não há como a restringir a formas pré-definidas ou modelos fechados, sendo, pois, absolutamente plural. Caracterizada a união estável há de ser concedido o benefício de pensão por morte pleiteado.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.04.53 1585-0/001 (EM CONEXÃO COM A DE Nº 1.0024.06.237516-7/001) - COMARCA DE BELO HORIZONTE - REMETENTE: JD 2 V FAZ COMARCA BELO HORIZONTE - 1º APELANTE(S): _____ - 2º APELANTE(S): IPSEMG - 3º APELANTE(S): _____ - APELADO(A)(S): _____ IPSEMG, _____ - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. MARIA ELZA

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade

de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO E TERCEIRO RECURSOS E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 03 de dezembro de 2009.

DES^a. MARIA ELZA - Relatora

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo 1º Apelante, a Dr^a. Fernanda de Brito Leão Viana.

A SR^a. DES^a. MARIA ELZA:

VOTO

Trata-se o presente feito de ação ordinária ajuizada por _____ em desfavor do IPSEMG - Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais e de _____ na qual pugna pela concessão do benefício previdenciário de pensão por morte.

Aduziu o autor em sua inicial constante às fls. 02/09 - TJ que conviveu em união estável com _____ até 31/05/2004, data do falecimento do mesmo em virtude de um acidente automobilístico. Alegou ainda que, além de tal assertiva, era dependente econômico do mesmo, razão pela qual pugnou pela concessão do benefício.

Contestação apresentada pelo IPSEMG às fls. 123/132 - TJ na qual aduziu que a família e a união estável previstas na Constituição se referem tão-somente ao casal formado por homem e mulher, sendo inviável a pretensão do autor em virtude de ausência de amparo legal.

_____ apresentou a sua contestação às fls. 133/143 - TJ na qual alegou, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido. No mérito alegou que a união estável só pode se dar entre homens e mulheres, bem como discorreu sobre a ausência de provas capaz de configurar a união estável.

Impugnação à contestação apresentada às fls. 146/151 na qual afastou o autor as argumentações esposadas nas peças contestatórias.

Sentença prolatada às fls. 259/284 - TJ na qual decidiu o juízo a quo pela procedência da ação, condenando o IPSEMG ao pagamento do benefício de pensão por morte.

Parcialmente insatisfeito com a decisão interpôs o autor recurso de apelação às fls. 330/334 - TJ no qual pugna pela majoração dos honorários, bem como pela incidência dos juros de mora à alíquota de 1% (um por cento) ao mês.

Irresignado com a decisão interpôs o IPSEMG recurso de apelação às fls. 335/344 - TJ no qual alega a ausência de amparo legal para o reconhecimento do benefício, bem como pugna pela redução dos honorários advocatícios.

Também insatisfeita interpôs a litisconsorte _____ recurso de apelação às fls. 345/356 - TJ no qual aduz, preliminarmente, sob a impossibilidade jurídica do pedido. No mérito busca a integral reforma da sentença primeva.

Contrarrazões aos recursos supra-apresentadas às fls. 359/370 - TJ.

Este o breve relato do necessário, passa-se a decidir.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, CONHECE-SE dos recursos de apelação interpostos.

Segundo o já relatado cinge-se o mérito da questão a saber sobre a possibilidade do reconhecimento de união estável homoafetiva bem como sobre a presença dos requisitos caracterizadores da mesma.

Inicialmente, rejeita-se a preliminar de impossibilidade jurídica aventada pela terceira recorrente.

A Constituição da República, especificamente em seu art. 226, consagra uma concepção aberta de família, a qual deve ser apurada mediante as peculiaridades de cada caso concreto.

Nesse campo, adotando-se uma interpretação sistemática, não se pode olvidar que o conceito de família expresso na Constituição encontra-se atrelado aos direitos e garantias fundamentais e, claro, ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. Assim, afigura-se inconcebível admitir que a Constituição tenha adotado determinados modelos familiares, em detrimento de outros, com base em determinados aspectos que não propriamente o afeto.

Ademais, mormente por ser a concepção de família uma realidade sociológica, que transcende o Direito, não há como a restringir a formas pré-definidas ou modelos fechados, sendo, pois, absolutamente plural.

A esse respeito, transcreve-se, ainda, lição de Maria Celina Bodin de Moraes, que, tratando especificamente da união homoafetiva, traz ensinamentos valiosos para o caso em tela:

A proteção jurídica que era dispensada com exclusividade à 'forma' familiar (pense-se no ato formal do casamento) foi substituída, em consequência, pela tutela jurídica atualmente atribuída ao 'conteúdo' ou à substância: o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela estrutura, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha - isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo ou convivência entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes".

Se a família, através de adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como 'instrumento', não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma ratio, como os mesmos fundamentos e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades 'familiares' torna-se obrigatória quando se considera seja a proibição de qualquer outra forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sexual - a qual se configura como direito personalíssimo -, seja a razão maior de que o legislador constituinte se mostrou profundamente comprometido com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, CF), tutelando-a onde quer que sua personalidade melhor se desenvolva. De fato, a Constituição brasileira, assim como a italiana, inspirou-se no princípio solidarista, sobre o qual funda a estrutura da República, significando dizer que a dignidade da pessoa é preexistente e a antecedente a qualquer outra forma de organização social.

(A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional" - in RTDC vol. 1 p. 89/112).

Destarte, tem-se que plenamente cabível o reconhecimento da união estável. No mesmo sentido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI Nº 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dêis que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 820475 / RJ. Rel. Min. REsp 820475 / RJ, Quarta Turma, julgado em 02/09/2008, DJe06/10/2008)

PLANO DE SAÚDE. COMPANHEIRO.

"A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica" (REsp

nº 238.715, RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 02.10.06).
Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 971466 / SP. Rel. Min. ARI PARGENDLER, Terceira Turma,
julgado em 02/09/2008, DJe 05/11/2008)

PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA -
SÚMULA Nº 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO
EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA
JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA.

- Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do
acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento.

- A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável,
permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência
médica.

- O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição
sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.

- Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto
analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados.
Simples transcrição de ementas não basta.

(REsp 238715 / RS. Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, Terceira
Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 02/10/2006.)

Destarte, plenamente possível o pedido.

No mérito, tem-se que restou configurada a união homoafetiva, fazendo jus,
portanto, o autor, ao benefício pleiteado.

Acerca da caracterização da união estável como entidade familiar, bem como o caráter de especial proteção do Estado, o art. 226, § 3º, da Constituição da República estabelece:

"Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º. (...);

§ 2º. (...);

§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

No intuito de regulamentar o referido diploma constitucional foram editadas a Lei Federal n. 9.278/96 e o art. 1.723 do Código Civil. Eis as características apontadas pelas referidas leis no que toca ao conceito de união estável, respectivamente:

"Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família."

"Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

A respeito dessa matéria, colaciona-se a lição do ilustre civilista Sílvio de Salvo Venosa:

"A definição estabelecida pelo art. 1723 é muito semelhante àquela então fornecida pelo art. 1º da Lei nº 9.278/96. Trata-se de um conceito aberto de união estável, sem as amarras temporais do passado. O vínculo duradouro e não um limite de tempo poderá definir a solidez dessa união. A primeira lei que regulamentou o §3º do art. 226 da Constituição Federal foi a de nº 8.971/94, que se referia a um lapso temporal de cinco anos."

(Direito civil: direito de família; Vol. VI, 4. ed., São Paulo: Atlas; 2004, p. 475).

Como se poder ver, o exame da configuração dos elementos que informam a união estável deve se dar caso a caso, porquanto os diplomas de regência não fixam previamente um lapso temporal para tal mister.

É cediço que não é qualquer relacionamento que pode ser reconhecido como união estável. Raciocínio diverso seria distorcer um instituto jurídico que foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 com a finalidade de proteger vínculos constituídos com fito familiar, sem, contudo, a presença do casamento civil.

No caso vertente tem-se que, em um juízo de cognição sumária, restou comprovada a união estável. Nesse sentido as provas testemunhais produzidas nos autos:

"... é agente de viagens e _____ a procurava para fazer pacotes, seja turismo, seja por motivo profissional; tem conhecimento de que o autor e _____ mantinham uma relação homoafetiva, moravam juntos."

(f. 167 - TJ)

"... era empregada da residência aonde morava _____ e _____; pode afirmar que eles viviam como um casal homoafetivo; era _____ quem bancava as despesas da casa, inclusive o pagamento da deponente;

...

que o casal dormia no mesmo quarto;

...

quando a mãe de _____ o visitava, quando moravam em um apartamento menor, cediam o quarto para a senhora; após a mudança para um apartamento maior, isto não mais acontecia, dormiam juntos como sempre, mesmo a mãe estando presente."

(f. 169 - TJ)

No mesmo sentido também as provas fotográficas anexadas às fls. 60/70 - TJ. Ademais, tem-se que a união já se encontra reconhecida pelo Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, conforme documentação acostada às fls. 288/299 - TJ. Deste modo, há de ser mantida a sentença para conceder ao autor da ação o benefício pleiteado.

Em relação à alíquota de juros a ser aplicado nas parcelas devidas, importante ressaltar que o benefício pleiteado encontra-se revestido de caráter eminentemente alimentar, o que afasta a aplicação do disposto no artigo 406 do Código Civil por não se tratar de relação jurídica de natureza privada.

Nesse campo de atuação, a medida provisória nº. 2.180-35 de 24 de agosto de 2001, em seu art. 4º, que acrescentou o art. 1º-F à Lei nº 9494/97 determina que:

"Art. 1º-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano."

Diante do exposto torna-se límpido que nas condenações impostas à Fazenda Pública em relação ao pagamento de verbas a seus servidores e empregados

públicos e, conseqüentemente, aos aposentados e pensionistas, os juros moratórios não poderão ultrapassar o montante de 6% (seis por cento) ao ano, o mesmo que 0,5% (meio por cento) ao mês. Consoante esse entendimento encontra-se esse tribunal:

"ADMINISTRATIVO/PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE SEGURADO. COBRANÇA DE DIFERENÇAS APURADAS ENTRE OS VALORES DEVIDOS E OS EFETIVAMENTE PAGOS. PRESCRIÇÃO QÜINQUËNAL. JUROS DE MORA: 6% AO ANO. HONORÁRIOS. São de aplicabilidade imediata as normas constitucionais que determinam o pagamento de pensão por morte na integralidade dos vencimentos que seriam percebidos pelo falecido segurado, caso na ativa estivesse (art. 40, § 7º da CF/88, com redação dada pela EC nº 20/98 e art. 40, § 5º, com redação original). O art. 195, § 5º da CF/88 aplica-se tão-somente aos casos de criação de benefícios previdenciários e não naqueles em que se pretende o pagamento de benefício na forma estatuída pela CF/88. Reconhecidas como devidas as diferenças entre os valores pagos às pensionistas e aqueles efetivamente devidos, deve ser limitada a condenação ao período de 5 (cinco) anos anterior à data da distribuição do feito. Incidem juros de mora sobre os valores devidos, à taxa de 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação. Tratando-se de causa em que foi vencida a Fazenda Pública, os honorários de sucumbência devem ser fixados com base no que dispõe o art. 20, § 4º do CPC. (AP nº 1.0000.00.354955-7, Rel. Des. Audebert Delage, publicado em 02/12/2003)."

Mister se faz, portanto, a aplicação de juros a partir da citação que deverão incidir na alíquota de 0,5 % (meio por cento) ao mês.

A respeito dos honorários advocatícios, de acordo com o art. 20 § 4º do CPC, tem-se que nas condenações impostas à Fazenda Pública, os mesmos serão fixados consoante apreciação eqüitativa do magistrado, levando-se em conta a natureza e a importância da causa bem como o trabalho realizado e o tempo despendido pelo advogado.

Dessa maneira, considerando-se o grau de complexidade da matéria ora analisada bem como o grau de zelo do profissional, entende esta relatora que deve ser reduzido o valor fixado pelo juízo a quo para o montante de R\$ 1.500,00 (Hum Mil Reais).

Diante do exposto, com respaldo no princípio da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, inciso IX, da Constituição Brasileira) e no princípio do livre convencimento motivado (art. 131, do Código de Processo Civil), além da legislação invocada no corpo deste voto, DÁ-SE PARCIAL provimento ao segundo recurso de apelação, interposto pelo IPSEMG, tão-somente para fixar os honorários no montante de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), e NEGA-SE PROVIMENTO aos demais recursos. Custas ex lege.

O SR. DES. NEPOMUCENO SILVA:

VOTO

De acordo.

O SR. DES. MANUEL SARAMAGO:

VOTO

De acordo.

SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO E TERCEIRO RECURSOS E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO RECURSO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.04.531585-0/001